

LIANE WÖRNER*

Der Strafgrund des Versuchs als ex ante modifizierte Eindruckstheorie

Um den im deutschen Strafrecht im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs vertypen strafbaren Versuch reihen sich ebenso wie in vielen anderen Strafrechtsordnungen¹ verschiedene theoretische Begründungsmuster, die Versuchstheorien. „Das Spektrum der möglichen Annäherungsweisen [ist] determiniert von staatstheoretischen Implikationen sowie von den rechtsphilosophischen und kriminalpolitischen Hintergründen. [...] Einer obrigkeitsstaatlich-autoritären Auffassung entspricht tendenziell eher ein subjektives, einer liberalen Rechts- und Staatsauffassung beziehungsweise rechtsstaatlichen Denkweise eher ein auf die Gefährlichkeit der Tat abstellendes objektives Versuchsrecht“, lautet die rechtsvergleichende These Schuberts.² Wer sich bei der Strafbegründung subjektiven Tendenzen hingibt, stellt also eher auf ein Willensstrafrecht ab und verhält sich als Staat autoritär.³ Wenn die in der deutschen Literatur vorherrschende sog. Eindruckstheorie zur Begründung der Versuchsstrafbarkeit maßgeblich auf subjektive Begründungsmuster zurückgreift und ihnen nur „ergänzend [die] sozialpsychologische Wirkung“ des Eindrucks von der Tat beisteht,⁴ muss sie sich damit den Vorwurf eines Willens- bzw. Täterstrafrechts gefallen lassen. Ihr Hauptanliegen war es, einer zu weit ge-

* Privatdozentin Dr. habil. Liane Wörner, LL.M., Justus-Liebig-Universität Gießen / Universität Leipzig

¹ Dazu JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat*. ZStW 99 (1987), S. 111., S. 115.; CORNILS, KARIN: *Die Strafbarkeit des Versuchs im dänischen Recht*. ZStW 121 (2009), S. 773., S. 778.; JUNG, HEIKE: *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs – ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht*. ZStW 2005, 937. ff.

² SCHUBERT, KATRIN: *Der Versuch – Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*. Berlin, 2005. 38. f.

³ Grundlegend schon KRACHT, H.: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Versuchsbegriffs in der deutschen Gesetzgebung seit Mitte des 18. Jahrhunderts*. Würzburg, 1978. S. 146. So auch die Kritik bei ZACZYK, RAINER: *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin, 1989.; JAKOBS, GÜNTHER: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung*. ZStW 97 (1985), S. 751., S. 752.; SPENDEL, GÜNTHER: *Kritik der subjektiven Versuchstheorie*. NJW 1965, S. 1881.; HIRSCH, HANS JOACHIM: *Zur Behandlung des ungefährlichen „Versuchs“ de lege lata und de lege ferenda*. In: Triffterer, Otto et. al.: *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*. Heidelberg, 2004. S. 31.; BOTTKE, WINFRIED: *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*. In: Roxin, Claus et. al.: *50 Jahre Bundesgerichtshof Band IV Strafrecht, Strafprozessrecht*. München, 2000. S. 135.; Mehr Objektivität fordern auch JUNG 2005, S. 951., und ROXIN, CLAUD: *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*. In: Müller-Dietz, Heinz et. al.: *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*. Baden-Baden, 2007. S. 829., S. 830.

⁴ Zutreffend ESER, ALBIN – BOSCH, NIKOLAUS: *Vor § 22 StGB*. In: Schönke, Adolf – Schröder, Horst, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 29. Aufl. München, 2014. Vor § 22 Rn. 22.

henden Vorverlagerung mit dem Abstellen allein auf die „Betätigung des verbrecherischen Willens“⁵ gerade zu entkommen. Wird aber der Strafzweckgedanke hier in der „Auflehnung gegen die rechtlich geschützte Ordnung“⁶ mittels eines mit der Versuchshandlung hinterlassenen rechtzerschütternden Eindrucks in der Allgemeinheit⁷ das Mittel zum Zweck,⁸ dann trifft der Vorwurf, dies begünstige ein Täterstrafrecht, insbesondere wenn ein bestimmter Strafzweckgedanke überproportionalisiert wird. *Weigend* bezeichnete die Eindruckstheorie deshalb schon 1989 als nur „noch vorherrschend“.⁹ Eser will sie nur „in Ermangelung bislang Besseren“ anwenden.¹⁰ Roxin versucht dem durch größere Objektivierung zu entkommen.¹¹ Die Frage nach dem Strafgrund des Versuchs wird zum „probaten Testfall“¹² rechtsstaatlichen Strafsens.¹³

So in etwa verlief mein erstes wissenschaftliches Gespräch mit dem verehrten Jubilar im Frühjahr des Jahres 2006 während meines ersten Aufenthaltes an der Universität Szeged. Bei Fischsuppe und Wein in einem kleinen Lokal in Szeged waren wir ausgehend von einer Diskussion zur Rücktrittsmöglichkeit trotz Fehlschlags schnell beim Strafgrund des Versuchs angekommen. Fasziniert von den unterschiedlichen Herangehensweisen an das Versuchsstrafrecht ließen mich die aufgeworfenen Fragen strafrechtsvergleichend nicht mehr los.¹⁴ Weitere Überlegungen zur Neuordnung des Strafgrunds im deutschen Strafrecht traten bald hinzu. Nicht nur hat *Ferenc Nagy* diese in seiner ihm eigenen Art des präzisen Nachfragens mitverursacht, er hat vor allem meinen weiteren wissenschaftlichen Weg in den folgenden Jahren aufmerksam begleitet und stets gefördert. Die Fortführung jenes ersten gemeinsamen wissenschaftlichen Gesprächs möchte ich deshalb hier zum Gegenstand meiner Ausführungen machen in der Hoffnung, dass sie auf fruchtbaren ungarischen Boden fallen, und in der Vorfriede auf die Fortsetzung unserer Gespräche.

⁵ So die subjektiven Versuchstheorien nach konstanter Entwicklung in der Rechtsprechung (vgl. nur RGSt 1, 439., 440.).

⁶ BGHSt 40., 299., 302.

⁷ Zusammenfassend ESER-BOSCH 2014, Rn. 17, 22 mwN.

⁸ WEIGEND, THOMAS: *Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre*. In: Hirsch, Hans Joachim – Weigend, Thomas (Hrsg.): *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Berlin, 1989. S. 113., S. 128.

⁹ WEIGEND 1989, S. 113., S. 121.

¹⁰ ESER-BOSCH 2014, 22 Rn. 22, will sie nur „in Ermangelung bislang Besseren“ anwenden.

¹¹ ROXIN 2007, S. 841., passim.

¹² So die Formulierung JUNG 2005, S. 938. zur „Strafbarkeit des Versuchs“.

¹³ Hinzu treten Herausforderungen aufgrund von Internationalisierungen und Rechtsharmonisierungen, die gerade für das Versuchsstrafrecht mit Fragen der zulässigen Vorverlagerung verbunden sind, vgl. nur: HEFENDEHL, ROLAND: *Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit*. In: Ders. (Hrsg.): *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?* Berlin, 2010. S. 89. ff.; SINN, ARNDT: *Vorverlagerung der Strafbarkeit – Begriff, Ursachen und Regelungstechniken*. In: Sinn, Arndt et al.: *Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit in einem Tatstrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Göttingen, 2011. S. 13. ff.

¹⁴ Zu Vorüberlegungen: WÖRNER, LIANE, *Punishing the Attempt of a Crime Respecting Traditional Penal Theories and Dogmatics*. In: He, Bingson et al.: *New Philosophy of Crime and Punishment in the Era of Globalization*. Part II. Beijing, 2011. S. 21. ff. [in Chinese, Part I. S. 609.]; DIES.: *Die deutsche Versuchsdogmatik – eine Frage der Vorverlagerung der Strafbarkeit im Strafrecht?* In: Sinn, Arndt et al.: *Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit in einem Tatstrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Göttingen, 2011. S. 135. ff.; DIES. – SZOMORA, ZSOLT: *Deutsche und ungarische Versuchsdogmatik als Frage der Vorverlagerung von Strafbarkeit – Rechtsvergleichende Beobachtungen*. S. 177.; DIES. – SÖZÜER, ADEM: *Der unbeeendete Versuch – eine systematische Verortung*. In: Gropp, Walter et al.: *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*. Baden-Baden, 2014. S. 363. ff.

I. Hinführung

Zur „Orientierung in der unübersichtlichen begrifflichen Landschaft“¹⁵ zwischen Straftheorien, Versuchstheorien, Strafgrund des Versuchs und Strafbegriff basieren meine nachfolgenden Überlegungen auf dem Verständnis eines Strafrechts, das weder umfassend an der Kriminalpolitik ausgerichtet¹⁶ noch allein von strafrechtlicher Gesetzmäßigkeit und Strafrechtsdogmatik bestimmt ist.¹⁷ Ausgehend von Roxins 1970 aufgestellten Grundanforderungen der „begrifflichen Ordnung und Klarheit“, des „Wirklichkeitsbezugs“ und der „Orientierung an kriminalpolitischen Zwecksetzungen“¹⁸ wird das Strafrecht in der pluralistischen Gesellschaft vielmehr gleichermaßen von Kriminalpolitik, Rechtskultur¹⁹ und Strafrechtsdogmatik²⁰ bestimmt.

Dass darin bei Ausbleiben des Deliktserfolgs auch der Versuch einer Straftat strafrechtlich zu ahnden ist, ist im deutschen Strafrecht nicht selbstverständlich, sondern bedarf eigens der Begründung.²¹ Dass und wann eine strafrechtliche Sanktion auch bei Ausbleiben des Erfolgsunrechts erforderlich ist, wird dabei unterschiedlich begründet (B.). Für die Strafbegründung entscheidend wird die Ausgestaltung der Strafbarkeit sog. untauglicher Versuche im Strafrecht (C.). In deren Ergebnis gilt es den Strafgrund für den Versuch – bei Ausbleiben des Erfolgsunrechts – ex ante zu modifizieren (D.). Rückanbin-

¹⁵ NAUCKE, WOLFGANG: *Strafrecht – Eine Einführung*, 10. Aufl. Neuwied, 2002. § 7 Rn. S. 169., S. 272.

¹⁶ So BINDING, KARL: *Grundriß des deutschen Strafrechts*. 7. Aufl. Leipzig, 1907. § 92, S. 226., S. 235.; DERS., *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. 4. Aufl., Leipzig, 1922. S. 19. (mit entsprechender Auswirkung auch auf seinen Rechtsgutsbegriff, dazu S. 353.).

¹⁷ Deutlich NAUCKE, WOLFGANG: *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Rechtspositivismus*. In: Ders. (Hrsg.): *Gesetzmäßigkeit und Kriminalpolitik*. Frankfurt a.M., 1999. S. 256. (rechtshistorisch: S. 260.); vgl. auch ROXIN, CLAUDIUS: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. 1973. S. 1.; maßgeblich v. LISZT, FRANZ: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Band 1: 1875–1891, Berlin, 1905. S. 212.

¹⁸ ROXIN 1973, S. 14. (unter VI.).

¹⁹ Zur Kulturbezogenheit als notwendiges Element vgl. HILGENDORF, ERIC: *Strafrecht und Interkulturalität*. JZ 2009, S. 139., S. 140.; rechtsvergleichend BECK, SUSANNE: *Strafrecht im interkulturellen Dialog*, In: Beck, Susanne et.al.: *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden, 2011. S. 65. NAUCKE 1999, S. 259. bezeichnet das Strafrecht als „kunstvolles Kulturgut“. Rechtskulturbezogenheit des Strafrechts identifiziert die strafrechtlich schutzwürdigen Werte in der pluralistischen Gesellschaft in Abhängigkeit von der geltenden sozialen Werteordnung. Die notwendige Rückanbindung an die geltende Werteordnung bereitet dabei einer allein dogmatisch ausgerichteten Rechtsgutstheorie Schwierigkeiten, soweit sie durch jeweilige Anpassung ihre systemkritische Repräsentanz verliere, so richtig SWOBODA, SABINE: *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. ZStW 122 (2010), S. 24., S. 35.; FRISCH, WOLFGANG: *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*. In: Hefendehl, Roland et.al.: *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003. S. 215., S. 219. Doch betrifft diese Kritik eben die Rechtsgutstheorie und nicht das Strafrecht als „Spiegel [...] gesellschaftlicher Wertvorstellungen“ (GROPP, WALTER: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. Aufl., Berlin, 2005. § 1 Rn. 150) und seine konstituierenden Elemente.

²⁰ Vgl. dazu BOTTKE 2000, S. 135. ff.; SCHILD, WOLFGANG: *Strafbegriff und Grundgesetz*. In: Eser, Albin et.al., *Festschrift für Theodor Lenckner*. München, 1998. S. 287. ff.; SCHÜNEMANN, BERND: *Nulla poena sine lege?* Berlin, 1978.

²¹ Zum ungarischen Strafrecht dagegen fehlt diese Diskussion von vornherein, weil hier der Versuch allgemein inkriminiert ist, siehe SZOMORA, ZSOLT: *Die ungarische Versuchsdogmatik – eine Frage der Vorverlagerung der Strafbarkeit im Strafrecht?* In: Sinn, Arndt et.al.: *Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit in einem Tatstrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Göttingen, 2011. S. 155., S. 157.; WÖRNER – SZOMORA 2011, S. 186.

dend ermöglicht dies Aussagen zu Straftheorie und Strafgrund des Versuchs, die Anlass zu weiteren Diskussionen sein mögen (E.).

II. Der Strafgrund des Versuchs nach den einzelnen Versuchstheorien

Ob die Strafbarkeit des Versuchs objektiv nach der Gefährlichkeit der Handlung für das Angriffsobjekt (I.) oder subjektiv nach dem Willen des Täters zur Tat (II.) zu begründen ist, war bereits in der deutschen Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts streitig.²² Der Gesetzgeber selbst hielt sich zurück. Der Wortlaut des § 43 StGB a.F. knüpfte an den „Anfang der Ausführung“ und enthielt sich einer Aussage über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.²³ Allein auf die (objektive) Gefährlichkeit der Handlung abhebende Ansätze gelten allerdings seit der Gesetzesänderung 1969 in §§ 22, 23 StGB – und mit ausdrücklicher Erwähnung auch des untauglichen Versuchs – als mit dem Gesetz nicht weiter vereinbar. Gemischt objektiv-subjektive Ansätze (II.3.) traten seither verstärkt hervor.

1. Objektive Versuchstheorien

Die deutsche Strafrechtswissenschaft räumte zunächst den objektiven Versuchstheorien den Vorrang ein.²⁴ Der Strafgrund liegt danach in der mit der Versuchshandlung dem tatbestandlichen Angriffsobjekt beigebrachten Gefährdung.²⁵ In der „Lehre vom Mangel am Tatbestand“²⁶ wird man eine „Spielart“ jener objektiven Theorien erblicken dürfen. Sie gilt heute als allgemein verfehlt,²⁷ weil sie durch Ausschluss des Versuchs bei anderen (neben dem Erfolg) vom Tatbestand vorausgesetzten Merkmalen die rechtliche

²² Zu einem Überblick über die Diskussion im 19. Jhd. FRANK, REINHARD: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. Aufl. Tübingen, 1931. § 43 Anm. III.; zusammenfassend HILLENKAMP, THOMAS: *Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs*. In: Schünemann, Bernd et. al.: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin, 2001. S. 689., S. 690.

²³ So auch HILLENKAMP 2001, S. 691. In der fehlenden Aussage über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eine Bevorzugung der objektiven Theorien sahen: VON BAR, LUDWIG: *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Band II. Berlin, 1907. S. 505.; idS auch ALBRECHT, PETER: *Der untaugliche Versuch*. Basel, 1973. S. 8. ff., WEIGEND 1989, S. 115.

²⁴ Nach V. FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 4. Aufl., Gießen, 1808. § 42, S. 42. ff.; auch V. LISZT, FRANZ: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 3. Aufl., Berlin, 1888. § 44, S. 191.; V. HIPPEL, ROLAND: *Deutsches Strafrecht*. Bd. 2, Berlin, 1930. § 20, S. 405.; dazu ZACZYK, RAINER: § 22 StGB. In: Kindhäuser, Urs et. al.: *Strafgesetzbuch Kommentar*. Band 1. 5. Aufl., Baden-Baden, 2017. ZACZYK: NK-StGB, § 22 Rn. 9; WEIGEND 1989, S. 113.; HIRSCH 2004, S. 31. f.; DERS., *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*. In: Schünemann, Bernd et. al.: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin, 2001. S. 711., S. 712.; zu Differenzierungen zum Beginn der Ausführung vgl. JESCHECK, HANS HEINRICH – WEIGEND, THOMAS: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Aufl., Berlin, 1996. S. 512.f.; JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin, 1991. § 25 Rn. 13. ff.; GROPP 2005, 9/46. f., S. 86. ff.; HAAS, VOLKER: *Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt*. ZStW 2011, S. 226., S. 227. Als „rechtsstaatlich liberal“ bezeichnet dies SCHUBERT 2005, S. 38. f.

²⁵ WEIGEND 1989, S. 113.

²⁶ Siehe V. LISZT, FRANZ – SCHMIDT, EBERHARD: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Band I. 26. Aufl., Berlin, 1932. S. 298. ff.

²⁷ ESER-BOSCH 2014, Vor § 22 Rn. 19.

Gleichwertigkeit aller Tatbestandsmerkmale missachtet.²⁸ Das Erfordernis eines tatsächlich objektiven Moments der Rechtsverletzung spricht für die objektiven Theorien.²⁹ Es ermöglicht eine klare Abgrenzung zur straflosen Vorbereitungshandlung. Handlungen, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der tatbestandsmäßigen Handlung stehen oder bei verständiger Würdigung nicht zum deliktischen Erfolg führen können, fallen aus der Ratio der Versuchsvorschriften und bleiben straflos.³⁰ Mit dem vollständigen Fehlen des subjektiven Elements wäre das Strafrechtsurteil allerdings allein von der Gefährdung abhängig, der Versuch würde zum allgemeinen Gefährdungsdelikt.³¹

Neben dem Fehlen subjektiver Verantwortlichkeit spricht entscheidend gegen die objektiven Theorien, dass auch sie nicht gegen in das Vorfeld verlagerte, dann unbestimmte Gefährdungssituationen gerüstet sind.³² Auch liegt der Vorwurf beim Versuch im „unmittelbaren Handlungsansatz“³³, ein „selbständiger Gefährdungssachverhalt“ ist weder erforderlich noch wäre er hinreichend.³⁴

2. Subjektive Versuchstheorien

Die Rechtsprechung versuchte jenen Schwierigkeiten in der Rechtspraxis bereits früh mittels einer Orientierung am Willen des Täters zur Tat zu entgehen (subjektive Ansätze).³⁵ Als Strafgrund verblieb nur noch der „betätigte verbrecherische Wille als solcher“,³⁶ denn bei rückschauender Betrachtung sei jeder Versuch in concreto ungefähr-

²⁸ WEIGEND 1989, S. 114.

²⁹ Deutlich zustimmend KÖHLER, MICHAEL: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, 1997. Kap. 8. S. 455.

³⁰ WEIGEND 1989, S. 113. Repräsentativ für die älteren objektiven Theorien mwN. ALBRECHT 1973, S. 6.; V. LISZT 1888, S. 137.; V. HIPPEL 1930, S. 398., S. 402., S. 403., S. 405., S. 418.

³¹ Die Bestimmung der subjektiven Verantwortlichkeit fehlt, dazu MOCCIA, SERGIO: *Die systematische Funktion der Kriminalpolitik*. In: Schünemann, Bernd et. al.: Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln, 1995. S. 45. mwN. Das widerspricht der aktuellen Gesetzeslage, vgl. nur ESER-BOSCH 2014, Vor § 22 Rn. 20; KÖHLER 1997, S. 8/451. Wenig aufgearbeitet ist bisher, dass die umfassenden Entwicklungen zur Dogmatik der Gefährdungsdelikte mit berücksichtigt werden müssten, vgl. nur ZIESCHANG, FRANK: *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin, 1998.; SCHRÖDER, HORST: *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, ZStW 81 (1969), S. 7. f.; GALLAS, WILHELM, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. In: Lüttger, Hans et.al., Festschrift für Ernst Heinitz. Berlin, 1972. S. 171.; BREHM, WOLFGANG: *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*. Tübingen, 1973.; HORN, ECKHARD: *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln, 1973.; SCHÜNEMANN, BERND: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte VI*, JA 1975, S. 787., S. 794–797.; idS auch WEIGEND 1989, S. 127.

³² So auch KÖHLER 1997, 8/455.

³³ KÖHLER 1997, 8/455. Kritisch auch SAFFERLING, CHRISTOPH: *Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht*. ZStW 118 (2006), S. 682., S. 694. f.

³⁴ KÖHLER 1997, 8/455.

³⁵ Die fehlenden Hinweise auf subjektive Erfordernisse im Gesetzeswortlaut störten das RG nicht. Es las § 43 StGB a.F. (1871) vor dem Hintergrund des zuvor weit engeren § 31 preußStGB (1851), dazu WÖRNER, LIANE: *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont*. Baden-Baden, 2010. S. 121.

³⁶ Vgl. nur RGSt 1., 439., 441., 442.: „Daß der verbrecherische Gedanke sich in einer äußeren Handlung kundgegeben habe“, sei nur aus Gründen der „Rechtssicherheit“ zu verlangen. Ständige Rspr. bis RGSt 77, 1, 2; BGH NJW 1952, 514., 515.; BGHSt 6., 302., 304.; BGH NStZ 1987, 20. Schon der sog. Radbruch'sche Entwurf zu einem StGB 1922 stellte auch gesetzlich subjektiv auf die Vorstellung des Täters von der Tat ab (GOLTSCHKE, FRIEDRIKE: *Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1922*. Berlin,

lich und eine Trennung zwischen strafbaren gefährlichen und straflosen untauglichen Versuchen illusorisch.³⁷ Der Versuchsbeginn wurde damit nahezu beliebig in das Vorfeld der Strafbarkeit verschoben,³⁸ Strafbarkeit weitgehend ausgedehnt.³⁹ Das Strafrecht tendierte zu einem Täterstrafrecht, in dessen Mittelpunkt der Täter und seine Gefährlichkeit und nicht seine Tat standen.⁴⁰

Unterstützt von Befürwortern in der Rechtswissenschaft⁴¹ setzte sich die subjektive Auffassung gleichermaßen in Rechtsprechung und Literatur durch und erhielt mit Welzels Lehre vom Handlungsunrecht⁴² dogmatische Bodenhaftung. Denn danach lag strafbares Unrecht schon in der finalen Betätigung des auf die Tatbestandsverwirklichung gerichteten Willens, während die Erfolgsherbeiführung ihre unrechtskonstitutive Relevanz verlor.⁴³ Die Verknüpfung mit dem Straftatsystem ließ scheinbar jeden Zweifel an der Richtigkeit subjektivistischer Ansätze versiegen.⁴⁴ Sie setzten sich auch gesetzlich in §§ 22-24 StGB (1969)⁴⁵ mit dem Anknüpfen an die „Vorstellung von der Tat“ (§ 22)⁴⁶ und der grundsätzlichen Strafbarkeit des erfolglosen Versuchs aufgrund „groben Unverstands“ (§ 23 III)⁴⁷ durch.

Bei Betonung des allein subjektiven Willenselements wird dem Subjekt aber, indem „man seiner wirklich entschlossenen Tat vorgreift“, „die prinzipielle Rechtsvernünftigkeit abgesprochen“,⁴⁸ autoritäre Systeme werden begünstigt,⁴⁹ die Unterscheidung zwischen Moralität und Recht übergangen.⁵⁰ Denn selbst mit der Maßgeblichkeit des

2010, S. 158.); ähnlich StGB-E 1925 (dort: § 23). Zum Meinungsstand vor und nach 1933 HIRSCH 2001, S. 712. Kritisch ZACZYK 1989, S. 76.; KÖHLER 1997, 8/453; WEIGEND 1989, S. 114.

³⁷ Vgl. nur RGSt 1., 439., 442. Resümierend VÖGLER, THEO, *Vor § 22 StGB*. In: Jescheck, Hans Heinrich (Hrsg.): *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-VÖGLER)*. 10. Aufl., Berlin, 1985. Vor § 22 Rn. 36.

³⁸ Vgl. nur BGHSt 6., 302., 304.

³⁹ So auch KÖHLER 1997, 8/453; ZACZYK 1989, S. 76.; WEIGEND 1989, S. 114.; WÖRNER 2011, passim.

⁴⁰ Das Objektive wird „marginalisiert“, SAFFERLING 2006, S. 689. Deutlich v. BURI, MAXIMILIAN: *Zur Lehre vom Versuche*. Der Gerichtssaal (GS) 1880, 321, S. 322.: „Sonach ist die Strafbarkeit hier lediglich in dem Dolus des Willens zu suchen“; zur *täterschaftlichen* Komponente HAAS 2011, S. 228. f.

⁴¹ Insbes. v. BURI 1880, S. 322. Vgl. dazu LK-VÖGLER 1985, Vor § 22 zur Entstehungsgeschichte; HILLENKAMP 2001, S. 695. Der Umschwung der deutschen Strafrechtslehre hin zur subjektiven Versuchstheorie liegt dabei weit vor der Neufassung der §§ 22-24 StGB (1969/1975), mN. WEIGEND 1989, S. 118. mit Fn. 33 sowie 2. Bericht des SA, BT-Drs. V/4095, S. 11.

⁴² WELZEL, HANS: *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl., Berlin, 1969. S. 193.

⁴³ WEIGEND 1989, S. 119.; REY-SANFIZ, LUIS C.: *Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn*. Berlin, 2006. S. 63., S. 65.

⁴⁴ Bis „zuletzt“ für die objektiven Theorien streitend SPENDEL 1965, S. 1881.

⁴⁵ 1. StrRG v. 25.6.1969 (BGBl. I S. 645), in Kraft seit 1.9.1969/1.4.1970; 2. StrRG v. 4.7.1969 (BGBl. I S. 717), in Kraft seit 1.7.1975.

⁴⁶ Insoweit geht der Gesetzeswortlaut auf WELZEL HANS: *Das deutsche Strafrecht*. 7. Aufl. 1960. S. 170. zurück: „Der Versuch beginnt mit derjenigen Tätigkeit, mit der der Täter nach seinem Verbrechenplan unmittelbar zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes ansetzt.“ Dass es WELZEL um eine „Ansatzformel“ zur Abgrenzung der straflosen Vorbereitungshandlung vom Versuch ging und nicht um eine Begriffsdefinition des Versuchs, betont HILLENKAMP 2001, S. 697. mit Fn. 43.

⁴⁷ WEIGEND 1989, S. 116.: in einer „leider wenig geglückten, fragmentarischen Regelung“; JUNG 2005, ZStW S. 937., spricht von subjektiver Übersteuerung. Kritisch schon GALLAS, WILHELM: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. 2. Bd. 1958. S. 171.

⁴⁸ KÖHLER 1997, 8/454.

⁴⁹ So auch SCHUBERT 2005, S. 38.

⁵⁰ Krit. so auch KÖHLER 1997, 8/453. Einschränkend STRUENSEE, EBERHARD: *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*. ZStW 102 (1999), S. 21., S. 44., S. 48., der umgekehrt beklagt, der subjektive Versuchstheorie

betätigten durch „Kundgebung eines auf Verletzung gerichteten Willens“⁵¹ wird allein die individuelle Tätervorstellung von der Tat zum Ausgangspunkt für das Versuchsdelikt. Sachlogisch schließt das sämtliche untauglichen Versuche in die Strafbarkeit ein. Allein an seiner Vorstellung bemisst sich dann aber auch, wann der Täter die Grenze von der Tatvorbereitung zur Tatbegehung überschreitet.⁵² Dass sich ex post ohnehin alle Versuch als ungefährlich erweisen, mag treffen, greift aber zu kurz. Fraglich ist vielmehr gerade, ob die mangelnde Unterscheidbarkeit ex post eine Differenzierung ex ante erfordert.

3. Vermittelnde Ansätze und der Strafgrund der Eindruckstheorie

80 Jahre und zwei große Strafrechtsreformen später⁵³ stellt die Rechtsprechung weiter maßgeblich auf die subjektive Komponente ab mit leicht objektivierenden Tendenzen,⁵⁴ in der Strafrechtswissenschaft ist die auf subjektive Begründungsmuster zurückgreifende und sie um objektive Elemente nur ergänzende⁵⁵ sog. Eindruckstheorie (noch) vorherrschend. Zwar soll die Lösung aus dem Dilemma in einer Verbindung der objektiven und subjektiven Ansätze liegen. Das erscheint aber schon durch die (bis heute nicht reformierte!) tendenziell subjektive gesetzliche Fassung der §§ 22, 23 III StGB bei umfassender Strafbarkeit des untauglichen Versuchs erschwert.⁵⁶ Die Vorschläge reichen von einem Ausgleich zwischen objektiv und subjektiv⁵⁷ bis hin zu einer übergreifenden Versuchsdoktrin, in der objektive und subjektive Elemente bloße Aspekte bilden.⁵⁸ Ein dualistischer Begründungsansatz will alternativ subjektive (Auflehnung gegen das Recht) oder objektive (Gefährlichkeit des Tuns) Begründungen hinreichen lassen. Weil damit letztlich jeder Begründungsansatz (alternativ!) ausreichte, wird teilweise einschränkend ein *dolus directus* 1. Grades eingefordert.⁵⁹ Roxin möchte einschränkend für die tauglichen Versuche auf einen Gefährdungsansatz und nur für die untauglichen Versuche auf einen subjektiven Eindrucksansatz abstellen (Vereinigungstheorie).⁶⁰ Der

werde vorgeworfen, auch die „Wahnkausalität“ in § 23 III StGB einzubeziehen. Das erfordere sie aber gar nicht.

⁵¹ RGSt 8, 198., 203. (Hervorhebung nicht im Original) verweisend auf RGSt 1, 451., 452.

⁵² Dies birgt zwangsläufig die Gefahr von Vorverlagerungen, insbesondere wenn die „Leistungskraft“ der Vorstellung überbeansprucht wird, dazu HILLENKAMP 2001, S. 709.; zur Überbeanspruchung BGH NStZ 1994, 534).

⁵³ Krit. schon WEIGEND 1989, S. 115., nach 60 Jahren und einer Strafrechtsreform.

⁵⁴ Vgl. etwa BGHSt 40., 299. (302.).

⁵⁵ ESER-BOSCH 2014, Vor § 22 Rn. 22.

⁵⁶ Zur Entwicklung der Vorschriften s.o. mit Fn. 45, 47. Problematisch idS sehen dies insbes. auch WEIGEND 1989, S. 118.; HILLENKAMP 2001, S. 696.; HIRSCH 2004, S. 34., passim; DERS. 2001, S. 712.

⁵⁷ So bspw. die Lehre von der „sichtbar-eindrucksvollen, geltungerschütternden Willensgefahr“ nach SALM, KARL: *Das versuchte Verbrechen*. Karlsruhe, 1957. S. 4., S. 38.

⁵⁸ Vgl. zusammenführend KÜHL, KRISTIAN: *Grundfälle zu „Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung“*, 5. Teil. JuS 1980, S. 506. f.; ausführlich auch HILLENKAMP, THOMAS: *Vor § 22 StGB*, In: Laufhütte, Heinrich Wilhelm et.al.: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-HILLENKAMP)*. Band 1. 12. Aufl., Berlin, 2006. Vor § 22 Rn. 60. ff. Rn. 77. ff.

⁵⁹ So ib. SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch*. Tübingen, 1982. S. 338.; ALWART, HEINER: *Strafwürdiges Versuchen*. Berlin, 1982. S. 122. ff.

⁶⁰ ROXIN, CLAUDIUS: *Über den Strafgrund des Versuchs*. In: Eser, Albin et. al.: *Festschrift für Haruo Nishihara*, Baden-Baden, 1998. S. 157., S. 161. Die treffende Bezeichnung der Vereinigungstheorie als „alternativ“ nimmt LK-HILLENKAMP 2006, Vor § 22 Rn. 56 vor.

Versuch als Verletzung eines Anerkennungsverhältnisses⁶¹ stellt mit der (Nicht) Anerkennung wiederum entscheidend eher auf subjektive Elemente ab. Wer aber, sei es alternativ oder gemischt, weiter auf objektive und subjektive, wenn auch nach Versuchsarten getrennt, abhebt, setzt sich weiter den hierzu vorgetragenen Einwänden aus. Das gilt auch, wenn auf dem Boden der subjektiven Theorie das Handlungsunrecht in das Zentrum gestellt und im Versuch die Betätigung des rechtsfeindlichen Willens in der Außenwelt gesehen wird.⁶² Denn wenn jedwede Betätigung in der Außenwelt genüge, würde doch nur auf den Willen abgestellt, den auch entäußert, wer nur vorbereitet.⁶³ Eine Beschränkung auf die Bestrafung nur des Absichtsversuchs oder eine Differenzierung nach tauglichen und untauglichen Versuchen lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Letztere erschwerte zudem eine einheitliche Dogmatik. Will man den strafbaren Versuch als „unmittelbaren Eingriff in die vom Tatbestand sanktionierte Verbotsnorm“⁶⁴ (Tatstrafrecht) stärken, gilt es also den Gefährdungsansatz und den Willensansatz als solche vermeiden.

Die vorherrschende Eindruckstheorie gewinnt so dadurch an Boden,⁶⁵ dass sie kumulativ auf objektive und subjektive Elemente abhebt und ein Handeln fordert, dass „das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern geeignet ist“.⁶⁶ Strafgrund ist generalpräventiv der Täterwille zur Tat ergänzt um den mit der Versuchshandlung hinterlassenen rechtserstreuenden Eindruck.⁶⁷ Taugliche und untaugliche Versuche werden damit einheitlich erklärbar.⁶⁸ Die inhaltliche Ausformung des Eindrucks als „Auflehnung gegen die rechtlich geschützte Ordnung“⁶⁹ folgt allerdings bisher doch nur generalpräventiv, rein strafzweckorientiert den aktuellen Vorstellungen der Kriminalpolitik und ist jenen geradezu beliebig.⁷⁰ Sie droht als modifiziert subjektive „Behelfskonstruktion“ mit „strafrechtlichen Allgemeinbegriffen“ zu verkümmern.⁷¹ Wei-

⁶¹ Nach ZACZYK 1985, S. 126., S. 229. passim; vgl. auch NK-StGB/ZACZYK 2017, § 22 Rn. 37. Gegenüber den subjektiven Theorien beinhaltet ZACZYKS Ansatz insoweit vorzugswürdig einen konkreten Rechtsgutsbezug (Anerkennungsverhältnis).

⁶² So ausdrücklich KÜHL 1980, S. 506.

⁶³ So GALLAS 1958, S. 195. Dem kann auch nicht entkommen, wer dualistisch dem Gefährdungsgedanken Vorrang einräumt, so ROXIN 2007, S. 841.

⁶⁴ Exemplarisch für viele LK-VOGLER 2006, Vor § 22 Rn. 6.; ESER-BOSCH 2014, Vor § 22 Rn. 12.

⁶⁵ Sie nimmt eine Vermittlungsposition ein, LK-HILLENKAMP 2006, Vor § 22 Rn. 56.

⁶⁶ V. BAR 1907, S. 492., S. 525.

⁶⁷ Grundlegend vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung LK-VOGLER 2006, Vor § 22 Rn. 22 ff.; ESER-BOSCH 2014, Vor § 22 Rn. 22; kritisch auch ZACZYK 1989, S. 21.; KÖHLER 1997, 8/452.; KUDLICH, HANS – SCHUHR, JAN: § 22 StGB. In: Satzger, Helmuth et.al.: Strafgesetzbuch Kommentar. 3. Aufl., Köln, 2017. § 22 Rn. 7. Zustimmend unter Betonung des generalpräventiven Elements SAFFERLING 2006, S. 692.

⁶⁸ So richtig ESER-BOSCH 2014, Vor § 22 Rn. 22.

⁶⁹ BGHSt 40, 299 (302).

⁷⁰ Die Rechtsprechung versucht inzwischen, den Begriff zu füllen: ab 1995 mit BGHSt 41., 94., 96., wonach noch die in den „Vorstellungen des Täters“ liegende Gefährlichkeit den Strafgrund bildet, vgl. HIRSCH (Fn. 3), GedS Vogler, S. 31/Fn. 4, während BGHSt 40., 299. (302.) von der „Auflehnung gegen die rechtlich geschützte Ordnung“ spricht. Dazu auch NK-StGB/ZACZYK 2017, § 22 Rn. 11 mit Fn. 34.

⁷¹ Deutlich HIRSCH 2004, S. 31.; DERS. 2001, S. 714. f.; ebenso kritisch bereits: STRATENWERTH, GÜNTHER – KUHLEN, LOTHAR: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. Aufl. 2011, § 11. Rn. 21.; WEIGEND 1989, S. 122.; ZACZYK 1985, S. 25.; NK-StGB/ZACZYK 2017, § 22 Rn. 11.; JAKOBS 1991, 25/22.; KÖHLER 1997, 8/454.; KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Aufl., München, 2017. § 15 Rn. 40.; ROXIN 1998, S. 170.; DERS.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Band II. München, 2003. § 29 Rn. 46.; MURMANN, UWE: *Versuchsunrecht und Rücktritt*. Heidelberg, 1999. S. 4.; LK-HILLENKAMP 2006, Vor § 22 Rn. 77.

tere Präzisierungsversuche lohnen, wenn es ihrer zur gleichsam Bestrafung der tauglichen und untuglichen Versuche bedürfte:

III. Der „Lackmustest“⁷² anhand des (strafbaren) untuglichen Versuchs

1. Der untugliche Versuch als probater Testfall

Der untugliche Versuch wird deshalb zum probaten Testfall, weil seine Bestrafung allein mittels subjektiver Ansätze möglich erscheint – objektiv bleibt er für das Angriffsobjekt ungefährlich. Seine vollständige Straffreiheit aber überzeugte deshalb nicht, weil sie das Versuchsstrafrecht zum Gefährdungsstrafrecht degradierte⁷³ und sich ex post letztlich alle Versuche als in concreto untuglich erweisen.⁷⁴ Ziel der ausdrücklichen Erwähnung als strafbar in § 23 III StGB war es mithin, die vermeintliche Gefahr für die „Autorität des Gesetzes“ im Falle der Strafflosigkeit ernstgemeinter, äußerlich kundgetaner Angriffe⁷⁵ zu bannen.⁷⁶ Dieses Bedürfnis aber blieb allein behauptet, es ist empirisch nicht belegt.⁷⁷ Auch der tugliche Versuch ist nach geltendem deutschen Recht in einer Reihe, teils durchaus schwerwiegender Fälle straflos. Der irrealer Versuch bleibt straflos.⁷⁸ Verlässliche Aussagen, „ob die Bestrafung von Handlungen, die nicht einmal in die Nähe des Erfolgs gelangt sind, tatsächlich zur Normgeltung erforderlich ist“⁷⁹, scheinen nicht möglich. Eine umfassende Strafbarkeit untuglicher Versuche ist so nicht zwingend geboten,⁸⁰ sie wäre sogar verfassungsrechtlich bedenklich.⁸¹ Weil die Tathandlung nur einen in Bezug auf die konkrete Tat ungefähr betätigten Willen bein-

⁷² Grundlegend ZOLL, ANDRZEJ: *Der untugliche Versuch im polnischen Strafrecht*. In: Arnold, Jörg et. al.: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München, 2005. S. 655., S. 666., spricht für das polnische Strafrecht vom untuglichen Versuch als „Lackmuspapier“.

⁷³ Zu den Einwänden gegen die objektive Theorie s.o. B. I.

⁷⁴ JAKOBS 1991, 25/36.

⁷⁵ Jene hatte bereits V. BURI 1880, S. 349., behauptet.

⁷⁶ So auch HILLENKAMP 2001, S. 690. Vgl. auch schon die Denkschrift zu dem Entwurf für ein Strafgesetzbuch von 1919. In: Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1920. 3. Teil, S. 39.; zitierte Regelung in [§ 30] Abs. 2 E 1913 und § 24 Abs. 2 E 1919.

⁷⁷ Zu Recht WEIGEND 1989, S. 128.

⁷⁸ Zu den ungefährlichen deliktischen Zielsetzungen des abergläubischen Versuchs, der Vorstellung des straflosen Gefahrengades und des intolerablen Gefahrenausses ROXIN 2007, S. 836. ff.; s.a. SATZGER, HELMUT: *Der irrealer Versuch – über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden*. Jura 2013, S. 1017. ff.

⁷⁹ WEIGEND 1989, S. 128.

⁸⁰ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM: *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*. In: Schroeder, F.C. et.al.: Festschrift für Reinhart Maurach. Karlsruhe, 1972. S. 51., S. 70., S. 72. Das Dunkelfeld nicht verfolgter Versuche dürfte sogar besonders hoch sein, der kleine Anteil bestraffter Täter sich „eher durch besondere Ungeschicklichkeit oder Unvorsichtigkeit als durch exzessive Rechtsfeindlichkeit“ hervortun, WEIGEND 1989, S. 128.; ähnlich auch HIRSCH, HANS JOACHIM: *Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?* In: Prittwitz, Cornelius et. al.: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, 2002. S. 253., S. 256.; ROXIN 2007, S. 841.

⁸¹ Der Vorwurf trifft bei Gleichbehandlung aller Versuche ex post als allgemeine Gefährdung des Rechtsfriedens wegen Korruption des allgemeinen Rechtsbewusstseins, dazu BOTTKE 2000, S. 148., S. 150. f.; SCHUBERT 2005, S. 38. f.

halten kann (weil ungefährlich),⁸² mündet die undifferenzierte Bestrafung aller ungefährlichen Versuche in Gesinnungsstrafrecht.⁸³ Wenn aber weder objektive noch subjektive Ansätze überzeugen, bedarf es deren Verbindung in einer Weise, die die Strafbarkeit untauglicher Versuche nicht unterbindet, aber beschränkt.⁸⁴ Die Eindruckstheorie will dies dadurch erreichen, dass sie auf ein Handeln abhebt, dass „das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern geeignet ist“.⁸⁵ Das bleibt für sich aber so allgemein, dass sich letztlich doch jedes kriminalpolitische Bedürfnis nach Bestrafung auch ganz aussichtsloser (ungefährlicher) Versuche befriedigen lässt.⁸⁶ Präzisierung ist mithin erforderlich.

2. Lösungssuche

Eine konkretisierende Trennung in gefährliche und ungefährliche Versuche und deren (alternative) Bewertung nach objektiven und subjektiven Kriterien als Lösungsansatz ist dabei aber allen hier aufgeführten Einwänden ausgesetzt⁸⁷: einheitliche Dogmatik wird verhindert, objektive oder subjektive Kriterien überwinden nicht deren Kritik, Strafrecht wird gerade für untaugliche Versuche weitgehend ausgedehnt.

Für eine Präzisierung und Lösung verbleibt damit eine Trennung der *ex ante* und der *ex post* Bewertung und die Feststellung der konkreten Gefährdung aus einer *ex ante* Sicht⁸⁸ im Zeitpunkt der konkreten Tatausführung – dem „Versuchshorizont“⁸⁹. Das berücksichtigt die Gefährdungskomponente als für ein Tatstrafrecht einzuforderndes Indiz der engen Verknüpfung und Unmittelbarkeit der Handlung zur konkreten Gefährdung des Angriffsobjekts.⁹⁰ Der Gesetzeswortlaut – „Vorstellung von der Tat“ – fungiert gerade dann als „Ablaufvorstellung“.⁹¹ Die Gesamtgefährdungsbewertung für den Versuch wird dabei *ex ante* zur Prognose, die Entscheidung nach § 23 III StGB mag dadurch als teilweise vorgegriffen wirken, § 23 III StGB läuft aber nicht leer.⁹²

⁸² HAAS 2011, S. 231.: Der Tatbegriff verliert seine materielle Grundlage.

⁸³ HIRSCH 2002, S. 256. So auch HAAS 2011, S. 231.

⁸⁴ Dass die objektiv-subjektiv-Verbindung die Strafbarkeit einschränkt, hat schon HIRSCH 2001, S. 715., festgestellt. S.o. II.3.

⁸⁵ Die Gefahr dieses Einwandes sieht WEIGEND 1989, 127.

⁸⁶ S.o. II.1.-II.3.

⁸⁷ Gefordert insoweit auch von HIRSCH 2004, S. 46.; DERS. 2001, S. 711. ff.; DERS. 2002, S. 256.; MALITZ, KIRSTEN: *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*. Berlin, 1998. S. 179. ff., S. 188. f., und ZIESCHANG 1998, S. 137. ff., S. 141., S. 148.

⁸⁸ Bezeichnet nach: GROPP, WALTER, *Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont – Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*. In: Dölling, Dieter et.al.: *Festschrift für Karl Heinz Gössel*. Heidelberg, 2002. S. 175., S. 188. f., passim; GROPP 2005, 9/89., unterscheidet zwischen einer *ex ante* und einer *ex post* Sicht.

⁸⁹ So auch GROPP 2005, 9/88; idS ROXIN 2003, 29/139.; DERS. 2007, S. 832.; zum spanischen Recht MIR PUIG, SANTIAGO: *Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch*. In: Schünemann, Bernd et.al.: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin, 2001. S. 729. ff.

⁹⁰ HILLENKAMP 2001, S. 704. Das entspräche WELZELS „Ansatzformel“ (s.o. mit Fn. 46). Die Vorstellung von der Tat bildet freilich insoweit die „subjektive Beurteilungsgrundlage der Ausführung“, vgl. HILLENKAMP 2001, S. 706.

⁹¹ So die Vorwürfe von HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*. GA 2001, S. 257. ff. und LK-HILLENKAMP 2006, Vor § 22 Rn. 92.; ausführlich HIRSCH 2004, S. 41., S. 47., passim.

Ex ante für das tatbestandliche Angriffsobjekt prognostiziert – auf Grundlage der Tätervorstellung objektiviert – ungefährliche Versuche bleiben danach von vorn herein straffrei.⁹³ Ähnlich fordert Hirsch für die Strafbarkeit, dass der Täter zu einem Verhalten ansetzt, das ex ante das Risiko der Tatbestandsverwirklichung (objektiv) aufweist.⁹⁴ Wenn damit aber alle objektiv von vornherein ungefährlichen Versuche aus der Tatbestandsmäßigkeit ausgenommen werden sollen, müsste man eine ex post Bewertung beimischen. Das wiederum reduzierte die Strafbarkeit auf taugliche Handlungen, § 23 III StGB liefe leer. Würde umgekehrt die allein subjektive Tätersicht auf seine Handlung betont, verbliebe wiederum allein der betätigte rechtsfeindliche Wille als Anknüpfungspunkt. Bei dem entgeht, wer ex ante eine Gefährlichkeitsprognose einfordert und sie ex post um eine Gefährdungsbewertung ergänzt. Entscheidend ist, dass die Handlung beim Versuchshorizont (ex ante) auf Grundlage der Tätervorstellungen auf ihre Gefährlichkeit für das Angriffsobjekt hin bewertet wird.⁹⁵ Ex ante wird dann zwischen von vorn herein ungefährlichen (deshalb straffreien⁹⁶) und gefährlichen (gem. §§ 22, 23 I StGB strafbaren⁹⁷) Versuchen unterschieden, ex post zwischen tauglichen und untauglichen (gem. § 23 III StGB⁹⁸).

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass § 23 III StGB gerade dann von Strafe absehen oder sie mildern möchte, wenn der Täter aus „grobem Unverstand“ verkannt hat, dass sein Handeln „überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte“,⁹⁹ also nur den von vornherein ungefährlichen Versuch im Blick habe.¹⁰⁰ Denn „überhaupt“ ungefährlich für die Tatvollendung ist auch der ex ante prognostiziert gefährliche Versuch des Mordes mit einer Schusswaffe, deren Reichweite der Täter überschätzt, oder mit Tabletten, deren Dosis der Täter fehleinschätzt.¹⁰¹ Der Anwendungsbereich der Milderungsmöglichkeit kann aber nicht davon abhängen, wie weit sich der Täter „verschätzt“, damit sein Fall als „überhaupt“ untauglich gilt.¹⁰²

⁹³ Es handelt sich um jene Versuchshandlungen, die in der Praxis ohnehin kaum eine Rolle spielen dürften, vgl. schon WEIGEND 1989, S. 128., so der Schwangerschaftsabbruchsversuch mit Kamillentee oder mittels Einspritzens von Wasser, RGSt 52., 181.; der Versuch, mit einer Pistole ein 5000 m hoch fliegendes Flugzeug abzuschießen, nach GÖSSEL, KARL HEINZ: *Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz*. GA 1971, S. 225., S. 227. ff.; zu ähnlichen Beispielen STRUENSEE 1999, S. 49.; ROXIN 2007, S. 838. f.

⁹⁴ HIRSCH 2004, S. 46.; DERS. 2001, S. 718.

⁹⁵ Die Tätersicht insoweit betont GROPP 2002, S. 187.

⁹⁶ Siehe Fn. 93.

⁹⁷ Gemeint sind die Giftdosierungsfälle, vgl. RGSt 24., 382. (383.); RGSt 34., 217. (220.); *Luminaltabletten-Fall* BGHSt 11., 324. (325.); BGHSt 41., 94. (95.), wo der BGH allerdings § 23 III StGB auf Basis seines subjektiven Ansatzes für den Irrtum über die Dosis ablehnt. Gemeint sind weiter die Verfolgerfälle, BGHSt 40., 299.; BGHSt 11., 268., die Diebsfälle, BGHSt 4, 199. (200.), aber auch der zitternde Täter, der nach seiner Vorstellung ex ante durchaus gefährlich von der mitgeführten Schusswaffe Gebrauch zu machen gedenkt, RGSt 77., 1. 2. Die Untauglichkeit des Verhaltens für eine Verletzung des Angriffsobjekts erweist sich hier jeweils erst ex post.

⁹⁸ Vorsehnell wäre der Schritt, § 23 Abs. 3 StGB wegen der Strafosstellung der ex ante ungefährlichen Versuche insgesamt zu streichen, so aber HIRSCH 2001, S. 725. und ROXIN 2007, S. 839.

⁹⁹ So aber KUDLICH-SCHUHR 2017, § 23 Rn. 14; idS auch BGHSt 41., 94., 95.

¹⁰⁰ § 23 III StGB könnte man dann doch streichen, so HIRSCH 2004, S. 41., S. 47.; siehe dazu bereits oben mit Fn. 92. Kritisch deshalb auch HERZBERG 2001, S. 258., S. 265.; ROXIN 2007, S. 835.

¹⁰¹ Instrukтив kritisch zu Wortlaut und maßgeblicher Interpretation bereits GÖSSEL 1971, S. 227. mit Verweis auf BT Drs. V./4095, S. 12.; vgl. auch STRUENSEE 1999, S. 46. Siehe auch *Luminaltabletten-Fall* BGHSt 11., 324., 325.

¹⁰² Abgrenzungsfragen zwischen tauglichen, untauglichen, irrealen oder auch nomologisch untauglichen Versuchen löst dies nicht, STRUENSEE 1999, S. 45.

IV. Der Strafgrund für den Versuch: Eindruckstheorie ex ante modifiziert

Überträgt man nun jene anhand der untauglichen Versuche erprobte Differenzierung auf die Versuche insgesamt, so wird die kumulativ objektive und subjektive Kriterien mischende auf den rechtzerschütternden Eindruck, der „das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern geeignet ist“, abhebende Versuchsbegründung ex ante modifiziert: Entscheidend ist der Eindruck ex ante – beim Versuchshorizont – von der Gefährlichkeit des Verhaltensansatzes für eine Verletzung des konkreten tatbestandlichen Angriffsobjekts.

Daraus entsteht keine „Plantheorie“¹⁰³ und auch keine „(neuere) Gefährdungs-“ oder „Gefährlichkeitstheorie“¹⁰⁴. Für die Strafbarkeit entscheidend sind weder die Planungen des Täters noch die objektive Gefährlichkeit seiner Handlungen, sondern allein die ex ante modifizierte Gefährlichkeitsprognose, die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern und den Rechtsfrieden zu beeinträchtigen.¹⁰⁵ Sie rückt damit in die Nähe der Forderungen von der Verletzung eines Anerkennungsverhältnisses¹⁰⁶ oder der normativen ex tunc Beurteilung der „Rechtsgutgefährdung“¹⁰⁷, überwindet aber deren teilweise vom Zufall des Gelingens einer „Rechtsgutgefährdung“ abhängige Strafbarkeit.¹⁰⁸ Sie ließe sich im Übrigen auch strafrechtsharmonisierend auf übergeordneter Ebene oder als Modell für andere Strafrechte hören: eine objektivierete Gefährlichkeitsbetrachtung des Versuchs ist auch europaweit vorherrschend.¹⁰⁹ Eine Modifizierung ex ante auf Basis einer Prognose vermeidet jedoch gerade die Unwägbarkeiten statistischer Wahrscheinlichkeitsberechnungen¹¹⁰ und nimmt zugleich ein subjektives Willenselement auf, verhindert also eine Gleichsetzung des Versuchs mit Gefährdungsstrafrecht.¹¹¹

¹⁰³ Vgl. dazu LK-HILLENKAMP 2001, Vor § 22 Rn. 91 (dort mit Fn. 142); LK-VOGLER 1985, Vor § 22 Rn. 51.; ZACZYK 1985, S. 82. ff.

¹⁰⁴ So LK-HILLENKAMP 2006, Vor § 22 Rn. 9., zu den Überlegungen von Hirsch.

¹⁰⁵ MIR PUIG 2001, S. 729. ff., will die Gefährlichkeit für das spanische Strafrecht mit statistischer Wahrscheinlichkeit über eine imaginäre Person in der *ex ante* Situation des Täters mit all seinem Wissen bestimmen. Das Bemühen um einen objektiven Drittbeobachter als Repräsentant der Allgemeinheit entspricht dem Eindrucksbegriff, idS auch SAFFERLING 2006, S. 701., mit einer im Ergebnis „subjektiven Interpretation des unmittelbaren Ansatzens“.

¹⁰⁶ Oben V. mit Fn. 61.

¹⁰⁷ POLAINO-NAVARRETE, MIGUEL: *Das Versuchsunrecht am Beispiel der schlichten Tätigkeitsdelikte und der unechten Unterlassungsdelikte*. In: Dölling, Dieter et.al.: Festschrift für Karl Heinz Gössel. Heidelberg, 2002. S. 157., S. 168. f.

¹⁰⁸ Vgl. POLAINO-NAVARRETE 2002, S. 169. Denn der Versuch des Schwangerschaftsabbruchs der nur vermeintlich Schwangeren ist *ex ante* prognostiziert gefährlich, weil *ex ante* nicht festgestellt werden kann, ob eine Schwangerschaft besteht. Stellt sich *ex post* heraus, dass keine Schwangerschaft vorliegt, ist der Abbruchversuch untauglich. Die Strafe kann gemildert oder von ihr abgesehen werden (§ 23 III StGB).

¹⁰⁹ Vgl. SCHUBERT 2005, S. 260. ff., S. 264. ff.; so auch LK-HILLENKAMP 2006, Vor § 22 Rn. 92; ausdrücklich und mit Beispielen auch HIRSCH 2001, S. 713.

¹¹⁰ Vgl. hierzu für das spanische Strafrecht MIR PUIG 2001, S. 729 ff.

¹¹¹ ROXIN, CLAUS – ISFEN, OSMAN: *Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches*. GA 2005, S. 228., S. 239., etwa betonen eine allein objektivierende Auslegung auch des neuen türkischen Versuchsstrafrechts nach den Reformen 2005. Den formal objektiven Ansatz für das ungarische Strafrecht betont SZOMORA 2011, S. 157. ff., S. 162. f. Beide Strafrechte kennen untaugliche Versuche und ließen sich aktuelle Überlegungen zu den Handlungslehren in der Türkei hinzudenkend und die Besonderheiten um die Erfolgsdelikte im ungarischen Strafrecht berücksichtigend gerade auf dem Boden einer ex ante modifizierten Eindruckstheorie weiterdenken.

V. Ausblick: Strafgrund und Straftheorie

Das Problem der in Deutschland vorherrschenden Versuchslehre besteht in ihrer Anbindung an die Strafzwecklehre, „allzu rasch von dem (unbestreitbaren) Unrecht, das im Versuch der Tatbestandsverwirklichung liegt, auf dessen Strafwürdigkeit und von diesem wiederum auf die Strafbedürftigkeit fast aller, insbesondere auch der sog. untauglichen, Versuche“ zu schließen.¹¹² Die Herausforderung bestand im Aufbrechen dieser Gedankenkette.¹¹³ Das setzt die Erkenntnis voraus, dass das Strafrecht nicht rein positivistisch der Kriminalpolitik als Mittel dienen darf.¹¹⁴ Das in der (allgemeinen) Eindruckstheorie „übergewichtig“ gewordene generalpräventive Argument bedurfte einer „Diät“.¹¹⁵ Nimmt man diese durch eine Modifizierung ex ante vor, bildet Strafgrund des Versuchs der beim Versuchshorizont (ex ante) als Ergebnis einer Gefährlichkeitsprognose gewonnene rechtserstütternde Eindruck, dass das tatbestandlich geschützte Angriffsobjekt mittels der vom verbrecherischen Willen umfassten, in die Außenwelt tretenden Versuchshandlung gefährdet wird. Auf eine (Un)Tauglichkeit ex post kommt es dafür nicht an. Sie ist erst Gegenstand der Frage ex post, ob im Einzelfall die konkrete Strafbedürftigkeit eingeschränkt oder aufgehoben wird (§ 23 III StGB), allgemein erst dann wird auf den Bewirkungsgrad der Handlung zur Rechtsgutsverletzung abgestellt (Bewirkungshorizont¹¹⁶). Die so ausgestaltete Versuchstheorie ist eine kumulativ subjektiv-objektiv gemischte. Sie geht über das „rein gesetzpositivistische Verständnis“ von Strafrechtswissenschaft hinaus,¹¹⁷ in dem sie die – sachlich begründet – zu weite Wortfassung restriktiv objektivierend korrigiert.¹¹⁸ Wer darüber hinaus Versuchstäterschaft bejaht, muss sich dem Einwand aussetzen, in Übersteigerung des Tatstrafrechts mit allein präventiven Überlegungen in einem Täterstrafrecht zu enden.¹¹⁹

¹¹² WEIGEND 1989, S. 128.

¹¹³ WEIGEND ebd.

¹¹⁴ Ausführlich HIRSCH 2002, S. 253.; GROPP, WALTER: *Tatstrafrecht und Verbrechenssystem als Ausgangspunkte des deutschen Strafrechts*. In: Sinn, Arndt et.al.: Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit in einem Tatstrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Göttingen, 2011, S. 99. ff., passim.

¹¹⁵ Bereits WÖRNER 2011, S. 186. f.

¹¹⁶ Der Bewirkungshorizont entspricht dem Rücktrittshorizont beim Rücktritt vom Versuch. Nur ist eben hier keine Rücktrittssituation gegeben. Zum Bewirkungsgrad beim Rücktrittshorizont vgl. WÖRNER 2010, passim; DIES.: *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont – eine Rechtsprechungsanalyse*. In: Gropp, Walter et. al., Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Baden-Baden, 2010, S. 321. insbesondere S. 328.

¹¹⁷ Ausdrücklich kritisch zu einem solchen Verständnis bereits NAUCKE 1999, S. 259.

¹¹⁸ Zur Richtigkeit solcher Korrektur: HIRSCH 2004, S. 34.

¹¹⁹ So auch HIRSCH 2004, S. 42., S. 43.